



Función Pública

Concepto 171731 de 2021 Departamento Administrativo de la Función Pública

20216000171731

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20216000171731

Fecha: 18/05/2021 02:24:14 p.m.

Bogotá D.C.,

REF.: REMUNERACIÓN. Gastos de Representación en las entidades del nivel territorial. RAD.: 20212060429752 del 14-05-2021.

Acuso recibo comunicación, mediante la cual informa que, de conformidad con la normatividad vigente, en especial los decretos presidenciales de cada año, en donde se establece el salario de los Gobernadores y alcaldes y donde también se regula el monto máximo del salario de los Contralores Territoriales en los siguientes términos: "El salario mensual de los Contralores y Personeros Municipales y Distritales no podrá ser superior al cien por ciento (100%) del salario mensual del Gobernador o Alcalde".

Con base en la anterior información formula consultas que serán absueltas en el mismo orden en que fueron planteadas.

1.- Respecto a la consulta si es posible que este párrafo ("El salario mensual de los Contralores y Personeros Municipales y Distritales no podrá ser superior al cien por ciento (100%) del salario mensual del Gobernador o Alcalde") se tome como fundamento para determinar que los Contralores territoriales devenguen también gastos de representación, en igual proporción o porcentaje que el del respectivo gobernador, y si es posible que los funcionarios del nivel directivo de las contralorías territoriales devenguen gasto de representación, aduciendo que existe una ordenanza que soporta dicho reconocimiento, y si es posible que exista ordenanza u cualquier acto administrativo vigente que ampare dichos reconocimientos.

En el orden territorial los únicos servidores públicos que tienen derecho a gastos de representación son el gobernador departamental y el alcalde municipal o distrital, así lo consagra el Artículo 1º del Decreto 314 de 2020 al disponer: "El monto máximo que podrán autorizar las Asambleas Departamentales y los Concejos Municipales y Distritales como salario mensual de los Gobernadores y Alcaldes estará constituido por la asignación básica mensual y los gastos de representación, y en ningún caso podrán superar el límite máximo salarial mensual, fijado en el presente Decreto."

El reconocimiento y pago de gastos de representación en las entidades del orden territorial, solo está consagrado para el Gobernador Departamental y para el alcalde municipal, sin que sea procedente su aplicación a los demás empleados públicos pertenecientes a dicho nivel territorial, como en el caso de los contralores territoriales.

El Gobierno nacional es el competente para fijar los salarios y prestaciones sociales de los empleados públicos, razón por la cual ninguna autoridad, incluyendo las asambleas departamentales y los concejos municipales tienen facultad en esta materia.

Ahora bien, en relación con este tema, es oportuno señalar que el Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, consejero ponente: Germán Bula Escobar, fecha: 28 de febrero de 2017, radicado número 11001-03-06-000-2016-00110-00(2302), se refirió respecto a la procedencia de reconocer primas y elementos extralegales, así:

[...] Las asignaciones salariales creadas por ordenanzas antes del Acto Legislativo 01 de 1968 son ajustadas a derecho y deberán ser pagadas a los servidores de la educación a cuyo favor hayan sido legalmente decretadas, hasta cuando se produzca su retiro. [...]

Para el período transcurrido desde la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 1968 hasta la entrada en vigencia de la Constitución de 1991, es claro que el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos de todos los niveles no podía ser creado por acuerdos y ordenanzas y que a las asambleas departamentales solamente les estaba asignada la competencia para determinar las escalas salariales.

Por tal razón las normas departamentales que crearon primas extralegales contrariaban la Constitución Política de manera evidente, lo que implica para la Administración la obligación de aplicar la excepción de inconstitucionalidad. [...]

Ningún educador podía ni puede ser beneficiario de asignaciones salariales creadas en oposición a la Constitución.

No obstante, los dineros percibidos por los docentes desde que entró a regir el Acto Legislativo 1 de 1968, en principio no deben ser reintegrados pues se entienden recibidos de buena fe. [...]

Las primas extralegales creadas por corporaciones o autoridades territoriales no pueden ser pagadas pues carecen de amparo constitucional. [...]

Para evitar el pago de lo no debido, la Administración debe aplicar la excepción de inconstitucionalidad respecto de los actos expedidos por las autoridades territoriales que crearon las denominadas primas extralegales. [...]

Los dineros percibidos por los docentes y originados en los conceptos aludidos desde que entró a regir la Constitución de 1991, en principio no deben ser reintegrados pues se entienden recibidos de buena fe.

En todo caso, si la Administración considera que se debe obtener el reintegro de lo indebidamente pagado, podrá acudir al medio de control de reparación directa. [...]

Por ser asignaciones sin amparo constitucional no pueden ser pagadas por el Estado.

Conforme a lo anterior, el Consejo de Estado considera que aquellos elementos salariales y prestacionales extralegales creadas por corporaciones o autoridades territoriales, y a la vez reconocidas y pagadas por dichas autoridades con posterioridad al acto legislativo 1 de 1968 carecen de amparo constitucional por cuanto, dicha competencia ha sido atribuida única y exclusivamente al Gobierno nacional.

No obstante, los dineros percibidos u originados en los conceptos aludidos desde que entró a regir la Constitución de 1991, en principio no deben ser reintegrados pues se entienden recibidos de buena fe; pero si la administración considera que se debe obtener el reintegro de lo indebidamente pagado, podrá acudir al medio de control de reparación directa, ya que por ser asignaciones sin amparo constitucional no pueden ser pagadas por el Estado.

Conforme a lo expuesto y a lo expresado por el Consejo de Estado en el anterior pronunciamiento, en criterio de esta Dirección Jurídica, los gastos de representación a los que hace alusión, creados mediante decretos y/o acuerdos municipales, no será procedente que se continúe reconociendo y pagando por la autoridad territorial. En este caso y para evitar el pago de lo no debido, la administración debe aplicar la excepción de inconstitucionalidad respecto de los actos expedidos por las autoridades territoriales que crearon dichos gastos de representación, por carecer de amparo constitucional.

En cuanto a la noción de derechos adquiridos, la jurisprudencia colombiana ha sido abundante, para la muestra, citaremos algunos de sus pronunciamientos, que recogen el pensamiento de la Corte Suprema de Justicia sobre este asunto, el que ha sido reiterado con pequeñas variaciones no sustanciales.

“La noción de derecho adquirido se contrapone a la de mera expectativa..... Por derecho adquirido ha entendido la doctrina y la jurisprudencia aquel derecho que ha entrado al patrimonio de una persona natural o jurídica y que hace parte de él, y que, por lo mismo, no puede ser arrebatado o vulnerado por quien lo creó o reconoció legítimamente.

Lo anterior conduce a afirmar que el derecho adquirido es la ventaja o el beneficio cuya conservación o integridad, está garantizada, en favor del titular del derecho, por una acción o por una excepción.

Ajusta mejor con la técnica denominar ‘situación jurídica concreta o subjetiva’, al derecho adquirido o constituido de que trata la Constitución en sus Artículos 30 y 202; y ‘situación jurídica abstracta u objetiva’, a la mera expectativa de derecho. Se está en presencia de la primera cuando el texto legal que la crea ha jugado ya, jurídicamente, su papel en favor o en contra de una persona en el momento en que ha entrado a regir una ley nueva. A la inversa, se está frente a la segunda, cuando el texto legal que ha creado esa situación aún no ha jugado su papel jurídico en favor o en contra de una persona”. (sent. diciembre 12 de 1974)

Y en sentencia del 17 de marzo de 1977, se expresó:

“Por derechos adquiridos, ha dicho la Corte, se tienen aquellas situaciones individuales y subjetivas que se han creado y definido bajo el imperio de una ley, y que por lo mismo han creado a favor de sus titulares un cierto derecho que debe ser respetado. Fundamento de la seguridad jurídica y del orden social en las relaciones de los asociados y de estos con el Estado, es que tales situaciones y derechos sean respetados íntegramente mediante la prohibición de que leyes posteriores pretendan regularlos nuevamente. Tal afectación o desconocimiento sólo está permitido constitucionalmente en el caso de que se presente un conflicto entre los intereses generales o sociales y los individuales, porque en este caso, para satisfacer los primeros, los segundos deben pasar a un segundo plano. Se trata de afirmar entonces el imperio del principio de que el bien común es superior al particular y de que, por lo mismo, este debe ceder.”

Por su parte, la Corte Constitucional en reciente fallo, al resolver una demanda contra el Artículo 289 de la misma ley que hoy se impugna parcialmente, expresó en relación con este tema lo siguiente:

“La norma (art. 58 C.N.) se refiere a las situaciones jurídicas consolidadas, no a las que configuran meras expectativas, estas, por no haberse perfeccionado el derecho, están sujetas a las futuras regulaciones que la ley introduzca.

Es claro que la modificación o derogación de una norma surte efectos hacia el futuro, salvo el principio de favorabilidad, de tal manera que las situaciones consolidadas bajo el imperio de la legislación objeto de aquélla no pueden sufrir menoscabo. Por tanto, de conformidad con el precepto constitucional, los derechos individuales y concretos que ya se habían radicado en cabeza de una persona no quedan afectados por la nueva normatividad, la cual únicamente podrá aplicarse a las situaciones jurídicas que tengan lugar a partir de su vigencia.” (sent. C-529/94 M.P. José Gregorio Hernández Galindo)

Y en sentencia C-126 de 1995 al resolver la acusación contra el inciso primero del Artículo 36 de la ley 100 de 1993, que aquí también se impugna y que trata sobre el aumento de edad para efectos pensionales a partir del año 2014, expresó:

“...considera la Corte conveniente precisar que la cuestión debatida no involucra un desconocimiento de los derechos adquiridos, ya que las situaciones que se consolidaron bajo el amparo de la legislación preexistente, no tienen por qué ser alteradas en el evento de que entre a operar la hipótesis prevista para el año 2014. Las meras expectativas mientras tanto permanecen sujetas a la regulación futura que la ley ha introducido, situación perfectamente válida si se tiene en cuenta que los derechos pertinentes no se han perfeccionado conforme a lo dispuesto en la ley.” (M. P. Hernando Herrera Vergara)

Igualmente la Corte Constitucional en la Sentencia C-314-04 del 1 de abril de 2004¹, afirmó:

“...De conformidad con la jurisprudencia constitucional, los derechos adquiridos son aquellos que han ingresado definitivamente en el patrimonio de la persona. Así, el derecho se ha adquirido cuando las hipótesis descritas en la ley se cumplen en cabeza de quien reclama el derecho, es decir, cuando las premisas legales se configuran plenamente. De acuerdo con esta noción, las situaciones jurídicas no consolidadas, es decir, aquellas en que los supuestos fácticos para la adquisición del derecho no se han realizado, no constituyen derechos adquiridos sino meras expectativas.

A este respecto la Corte dijo:

“La Corte ha indicado que se vulneran los derechos adquiridos cuando una ley afecta situaciones jurídicas consolidadas que dan origen a un derecho de carácter subjetivo que ha ingresado, definitivamente, al patrimonio de una persona. Sin embargo, si no se han producido las condiciones indicadas, lo que existe es una mera expectativa que puede ser modificada o extinguida por el legislador (6)”. (Sentencia C-584/97, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz)

De la jurisprudencia transcrita se evidencia, que el derecho adquirido es el que ha sido reconocido de acuerdo con la Constitución Política y la ley, y se incorpora de modo definitivo al patrimonio de su titular y queda cubierto de cualquier acto oficial que pretenda desconocerlo, pues la propia Constitución lo garantiza y protege.

Con fundamento en lo expuesto se procede a absolver las consultas planteadas así:

1.- Respecto a la consulta si es posible que este párrafo (“El salario mensual de los Contralores y Personeros Municipales y Distritales no podrá ser superior al cien por ciento (100%) del salario mensual del Gobernador o Alcalde”) se tome como fundamento para determinar que los los Contralores territoriales devenguen también gastos de representación, en igual proporción o porcentaje que el del respectivo gobernador, se precisa que, el reconocimiento y pago de gastos de representación en las entidades del orden territorial, solo está consagrado para el Gobernador Departamental y para el alcalde municipal, sin que sea procedente su aplicación a los demás empleados públicos pertenecientes a dicho nivel territorial, como en el caso de los contralores departamentales y municipales.

2.- En cuanto a la consulta sobre si es posible que los funcionarios del nivel directivo de las contralorías territoriales devenguen gasto de representación, aduciendo que existe una ordenanza que soporta dicho reconocimiento, y si es posible que exista ordenanza u cualquier acto administrativo vigente que ampare dichos reconocimientos, es pertinente indicar que, de acuerdo con lo expresado por el Consejo de Estado en el anterior pronunciamiento, en criterio de esta Dirección Jurídica, los gastos de representación a los que hace alusión, creados mediante ordenanza departamental, decretos y/o acuerdos municipales, no será procedente que se continúe reconociendo y pagando por la autoridad territorial. En este caso y para evitar el pago de lo no debido, la administración debe aplicar la excepción de inconstitucionalidad respecto de los actos expedidos por las autoridades territoriales que crearon dichos gastos de representación, por carecer de amparo constitucional.

3.- Respecto a la consulta sobre si es posible que la entidad territorial reconozca y pague gastos de representación como un derecho adquirido y que no pueda dejar de reconocerlo, me permito remitirlo a lo expresado al absolver las consultas de los numerales 1 y 2, en el sentido que no será procedente que se continúe reconociendo y pagando por la autoridad territorial dichos valores. En este caso y para evitar el pago de lo no debido, la administración debe aplicar la excepción de inconstitucionalidad respecto de los actos expedidos por las autoridades territoriales que crearon dichos gastos de representación, por carecer de amparo constitucional.

Además, en este caso no se concreta la noción de derechos adquiridos, por cuanto los actos administrativos mediante los cuales se han creado y reconocido los beneficios salariales o prestacionales han sido expedidos por autoridades que carecen de competencia para hacerlo.

4.- En cuanto a la consulta respecto de qué procede en relación con los pagos hechos durante varias vigencias por concepto de gastos de representación, de no ser procedente el reconocimiento y pago de los mismo, se precisa que, de acuerdo con el pronunciamiento del Consejo de Estado, los dineros percibidos por los conceptos aludidos desde que entró a regir la Constitución de 1991, en principio no deben ser reintegrados pues se entienden recibidos de buena fe; en todo caso, si la administración considera que se debe obtener el reintegro de lo indebidamente pagado, podrá acudir al medio de control de reparación directa, ya que, por ser asignaciones sin amparo constitucional no pueden ser pagadas por el Estado.

5. Respecto a la consulta sobre si estos actos administrativos (ordenanzas, acuerdos, decretos y resoluciones) tienen validez o carecen de legalidad constitucional, lo remito a lo expresado al absolver las consultas de los numerales anteriores. La administración debe aplicar la excepción de inconstitucionalidad respecto de los actos expedidos por las autoridades territoriales que crearon dichos gastos de representación, por carecer de amparo constitucional.

Para mayor información relacionada con los temas de este Departamento Administrativo, le sugerimos ingresar a la página web www.funcionpublica.gov.co/eva en el link "Gestor Normativo" donde podrá consultar entre otros temas, los conceptos emitidos por esta Dirección Jurídica.

El anterior concepto se emite en los términos establecidos en el Artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Cordialmente,

ARMANDO LÓPEZ CORTES

Director Jurídico

Elaboró: Pedro P. Hernández Vergara

Revisó: Jose F. Ceballos Arroyave

Aprobó: Armando López Cortes

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA:

1.M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

Fecha y hora de creación: 2025-11-23 09:52:04